 Warszawa, /elektroniczny znacznik czasu/

MINISTER DO SPRAW UNII EUROPEJSKIEJ

***Konrad Szymański***

Sygn. DPUE.920.2300.2021.EBK(8)

dot.: DP-WLM-0231-58/2021/MM z 10.06.2021 r.

DP-WLM-0231-58/2021/MM z 23.06.2021 r.

**Pan Mariusz Kamiński**

**Minister Spraw Wewnętrznych**

**i Administracji**

**Opinia**

**o zgodności z prawem Unii Europejskiej *projektu ustawy o zmianie ustawy o cudzoziemcach oraz niektórych innych ustaw,* wyrażona przez ministra właściwego do spraw członkostwa Rzeczypospolitej Polskiej w Unii Europejskiej**

*Szanowny Panie Ministrze,*

w związku z przedłożonym projektemustawypozwalam sobie wyrazić poniższą opinię.

1. Nowo projektowane wprowadzenie do wyliczenia w art. 13 ustawy o cudzoziemcach (art. 1 pkt 4 projektu ustawy) stanowi, że „w postępowaniach prowadzonych na podstawie ustawy lub przy innych czynnościach prowadzonych na jej podstawie mogą być przetwarzane dane i informacje niezbędne do przeprowadzenia tych postępowań lub czynności, a w szczególności następujące dane lub informacje dotyczące cudzoziemca:”.

Przez użycie sformułowania „a w szczególności następujące dane lub informacje dotyczące cudzoziemca” projektodawca ustanawia otwarty katalog danych osobowych, które będą mogły być przetwarzane na tej podstawie. Taka konstrukcja budzi wątpliwości co do zgodności z zasadą minimalizacji danych, określoną w art. 5 ust. 1 lit. c) *rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE* (ogólne rozporządzenie o ochronie danych). Zgodnie z nią dane osobowe muszą być adekwatne, stosowne oraz ograniczone do tego, co niezbędne do celów, w których są przetwarzane. W związku z tym zasadna jest rezygnacja ze sformułowania „w szczególności” i ograniczenie katalogu danych osobowych podlegających przetwarzaniu do tych danych, które są niezbędne ze względu na wskazany cel.

Ta sama uwaga dotyczy podobnie zaprojektowanego art. 8 ustawy o wjeździe na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, pobycie oraz wyjeździe z tego terytorium obywateli państw członkowskich Unii Europejskiej i członków ich rodzin (art. 6 pkt 2 projektu ustawy).

1. Zgodnie z projektowanym art. 15b ustawy o cudzoziemcach (art. 1 pkt 5 projektu ustawy) w celu realizacji zadań określonych w ustawie Szef Urzędu do Spraw Cudzoziemców oraz wojewoda mogą pozyskiwać z systemu teleinformatycznego Straży Granicznej, przy wykorzystaniu własnych lub innych systemów teleinformatycznych, informacje przetwarzane na podstawie art. 1 ust. 2 pkt 9 ustawy o Straży Granicznej, dotyczące przekraczania przez cudzoziemców granicy Rzeczypospolitej Polskiej (jeżeli są spełnione określone warunki). Zgodnie z wymogami wspomnianej zasady minimalizacji danych (art. 5 ust. 1 lit. c) rozporządzenia 2016/679) zasadne wydaje się dookreślenie użytego w projektowanym przepisie sformułowania o pozyskiwaniu informacji „dotyczących przekraczania przez cudzoziemców granicy Rzeczypospolitej Polskiej”. Wydaje się, że w celu prawidłowego wykonania obowiązków wynikających z rozporządzenia 2016/679 zasadne jest wskazanie, o które dokładnie informacje dotyczące tej kwestii ma chodzić.
2. Pod kątem wspomnianej zasady minimalizacji danych (art. 5 ust. 1 lit. c) rozporządzenia 2016/679) zasadne wydaje się doprecyzowanie zadań, do których Szef Urzędu do Spraw Cudzoziemców oraz wojewoda mogliby wykorzystywać w ten sposób pozyskane dane (art. 15b ustawy o cudzoziemcach (art. 1 pkt 5 projektu ustawy)). Obecnie projektowany przepis wskazuje, że informacje te mają być wykorzystywane do szeroko określonych zadań tych podmiotów wynikających z ustawy.

Odpowiadałoby to również zasadom zgodności z prawem, rzetelności i przejrzystości oraz ograniczenia celu (art. 5 ust. 1 lit. a) i lit. b) rozporządzenia 2016/679), zgodnie z którymi dane osobowe muszą być przetwarzane zgodnie z prawem, rzetelnie i w sposób przejrzysty dla osoby, której dane dotyczą („zgodność z prawem, rzetelność i przejrzystość”) oraz zbierane w konkretnych, wyraźnych i prawnie uzasadnionych celach i nieprzetwarzane dalej w sposób niezgodny z tymi celami („ograniczenie celu”).

Ta sama uwaga dotyczy również projektowanego art. 50 ust. 11 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych (art. 6 pkt 1 projektu ustawy), który stanowi, że Straż Graniczna i Państwowa Inspekcja Pracy w celu realizacji zadań mogą pozyskiwać z systemu teleinformatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, przy wykorzystaniu własnych lub innych systemów teleinformatycznych, określone informacje.

Konkretne wskazanie zadań tych podmiotów w obu przypadkach pozwoliłoby również na dokonanie pełnej oceny zgodności tych przepisów z art. 6 ust. 4 rozporządzenia 2016/679, który ustanawia zasady przetwarzania danych osobowych w innym celu niż cel, w którym dane zostały pierwotnie zebrane. Należy bowiem zauważyć, że zgodnie z tym artykułem, zmiana celu oparta na przepisach prawa, a zatem taka, jaka będzie odbywać się w omawianych sytuacjach, powinna zostać ograniczona wyłącznie do przypadków stanowiących w demokratycznym społeczeństwie niezbędny i proporcjonalny środek służący zagwarantowaniu celów, o których mowa w art. 23 ust. 1 rozporządzenia 2016/679 (np. bezpieczeństwo narodowe lub publiczne czy zapobieganie przestępczości). Tymczasem przy tak ogólnie określonych zadaniach wskazanych organów nie można w pełnić ocenić, czy wszystkie z nich wpisują się w cele określone w art. 23 ust. 1 rozporządzenia 2016/679.

1. Ponadto wyjaśnienia wymaga kwestia tego, czy wskazane organy do tak określonych zadań muszą mieć zapewniony dostęp do wszystkich informacji wynikających z projektowanego art. 15b ustawy o cudzoziemcach (art. 1 pkt 5 projektu ustawy). Wydaje się bowiem, że dostęp do omawianych informacji powinien zostać zawężony do danych niezbędnych dla realizacji przez dany podmiot określonych zadań, w projektowanym przepisie takiego zastrzeżenia jednak nie ma. Takie doprecyzowanie odpowiadałoby wspomnianej zasadzie minimalizacji danych, jak też zasadom zgodności z prawem, rzetelności i przejrzystości oraz ograniczenia celu (art. 5 ust. 1 lit. a) i lit. b) rozporządzenia 2016/679).

Ta sama uwaga dotyczy również projektowanego art. 50 ust. 11 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych (art. 6 pkt 1 projektu ustawy), który również nie zawiera zawężenia w powyższym zakresie.

1. W art. 1 pkt 24 lit. c) projektu przewiduje się dodanie w ustawie z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach nowego art. 299 ust. 9 pkt 4. Projektowany przepis stanowi, że przepisów art. 299 ust. 6 pkt 1 lit. b) i ust. 7 ustawy o cudzoziemcach nie stosuje się w przypadku, gdy decyzji o pozbawieniu cudzoziemca statusu uchodźcy lub ochrony uzupełniającej nadano rygor natychmiastowej wykonalności i cudzoziemiec stanowi zagrożenie dla obronności lub bezpieczeństwa państwa lub popełnił poważne przestępstwo lub został skazany prawomocnym wyrokiem za szczególnie poważne przestępstwo i stanowi zagrożenie dla ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego.

Zgodnie z art. 299 ust. 6 pkt 1 lit. b) ustawy o cudzoziemcach, cudzoziemiec jest obowiązany opuścić terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w terminie 30 dni od dnia, w którym decyzja o pozbawieniu go statusu uchodźcy lub ochrony uzupełniającej stała się ostateczna, a w przypadku wydania decyzji przez organ wyższego stopnia – od dnia, w którym decyzja została cudzoziemcowi doręczona. Z kolei art. 299 ust. 7 tej ustawy stanowi, że pobyt cudzoziemca na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w okresie, o którym mowa w ust. 6 uważa się za legalny (…).

Projektowany przepis art. 299 ust.9 pkt 4 zakłada zatem, że decyzja o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu wydana cudzoziemcowi, który został pozbawiony statusu uchodźcy lub ochrony uzupełniającej będzie podlegała - we wskazanych w tym przepisie okolicznościach - bezzwłocznemu wykonaniu, niezależnie od tego, czy upłynął termin do wniesienia przez cudzoziemca środka odwoławczego od decyzji o pozbawieniu go statusu uchodźcy lub ochrony uzupełniającej, i czy cudzoziemiec skorzystał z prawa do wniesienia takiego środka.

Oznacza to, że bezzwłoczne wykonanie decyzji o zobowiązaniu do powrotu będzie w opisanych przypadkach dopuszczalne w sytuacji, kiedy decyzja o pozbawieniu cudzoziemca statusu uchodźcy lub ochrony uzupełniającej nie stała się jeszcze ostateczna (czego nie zmienia nadanie takiej decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności).

W ocenie projektodawcy takie rozwiązanie pozwoli na właściwe reagowanie organów Straży Granicznej poprzez bezzwłoczne wydanie i wykonanie decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu, ze względu na potrzebę ochrony wskazanych w projektowanej regulacji wartości, tj. obronności i bezpieczeństwa państwa oraz bezpieczeństwa i porządku publicznego.

W tym miejscu należy wskazać, że zgodnie z art. 46 ust. 1 lit. c) i ust. 5 *dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/32/UE z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie wspólnych procedur udzielania i cofania ochrony międzynarodowej (wersja przekształcona)* państwa członkowskie zapewniają, aby wnioskodawcy mieli prawo do skutecznego środka zaskarżenia przed sądem od decyzji o cofnięciu statusu ochrony międzynarodowej (…), państwa członkowskie zezwalają wnioskodawcom na pozostawanie na terytorium do upływu terminu, w jakim mogą oni skorzystać z prawa do skutecznego środka zaskarżenia, a jeśli z tego prawa skorzystano w przewidzianym terminie, do czasu rozpatrzenia środka zaskarżenia.

Zgodnie z art. 46 ust. 5 dyrektywy 2013/32/UE prawo do pozostania na terytorium przyjmującego państwa członkowskiego przysługuje zasadach w nim określonych każdemu cudzoziemcowi, który został pozbawiony ochrony międzynarodowej. Ustawodawca unijny nie przewidział w zakresie stosowania tego przepisu żadnych odstępstw.

W związku z powyższym projektowany art. 299 ust. 9 pkt 4 nasuwa zasadnicze wątpliwości co do jego zgodności z prawem UE. Co wymaga w tym miejscu podkreślenia, z tabeli zbieżności do przedmiotowej dyrektywy wynika, że jako przepisy zapewniające transpozycję art. 46 ust. 5 dyrektywy 2013/32/UE wskazano właśnie art. 299 ust. 6 ustawy o cudzoziemcach oraz art. 130 Kodeksu postępowania administracyjnego, który przewiduje, że przed upływem terminu do wniesienia odwołania decyzja nie ulega wykonaniu, a wniesienie odwołania w terminie wstrzymuje wykonanie decyzji. Projektowane rozwiązanie może więc doprowadzić do wtórnej niekompletności wdrożenia dyrektywy 2013/32/UE.

Takiej oceny projektowanego przepisu art. 299 ust. 9 pkt 4 nie zmienia fakt, że – jak projektodawca wskazał w uzasadnieniu - natychmiastowe wykonanie decyzji o pozbawieniu cudzoziemca statusu uchodźcy lub ochrony uzupełniającej może na podstawie art. 135 Kodeksu postępowania administracyjnego wstrzymać organ odwoławczy, tj. Rada do Spraw Uchodźców. Przepis art. 135 K.p.a dopuszcza bowiem wstrzymanie natychmiastowego wykonania decyzji jedynie w przypadkach zakwalifikowanych przez organ odwoławczy jako uzasadnione. Zgodnie z 46 ust. 5 dyrektywy 2013/32/UE prawo do pozostania na terytorium państwa członkowskiego przysługuje natomiast każdemu cudzoziemcowi, któremu cofnięto status ochrony międzynarodowej, do upływu terminu, w jakim mógł skorzystać z prawa do wniesienia środka odwoławczego, a jeśli z tego prawa skorzystał w terminie, do czasu rozpatrzenia środka zaskarżenia. Korzystanie z tego uprawnienia nie powinno być więc na gruncie prawa krajowego uzależnione od oceny organu drugiej instancji, czy w przypadku danego cudzoziemca jest to uzasadnione.

Projektodawca wskazał także w uzasadnieniu, że projektowana zmiana w pełni wpisuje się w aktualną konstrukcję ustawową podlegania przez cudzoziemca, którego pozbawiono statusu uchodźcy lub ochrony uzupełniającej, przepisom o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu. Trzeba jednak zauważyć, że z art. 46 ust. 5 dyrektywy 2013/32/UE wynika, jaka powinna być kolejność w stosowaniu obu procedur, tj. decyzja o zobowiązaniu do powrotu nie może być wykonana do czasu rozpatrzenia środka zaskarżenia od decyzji o cofnięciu statusu ochrony międzynarodowej.

W tym kontekście projektowane rozwiązanie może prowadzić do naruszenia zasady *non-refoulement*, do przestrzegania której państwa członkowskie są obowiązane także przy stosowaniu przepisów *dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/115/WE z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie wspólnych norm i procedur stosowanych przez państwa członkowskie w odniesieniu do powrotów nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich*. Należy również zaznaczyć, że zgodnie z art. 13 lit. c) *zalecenia Komisji (UE) 2017/432 z dnia 7 marca 2017 r. w sprawie zapewnienia większej skuteczności powrotów przy wdrożeniu dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/115/WE*, decyzje nakazujące powrót powinny mieć automatyczny skutek zawieszający, jeżeli jest to niezbędne dla uzyskania zgodności z art. 19 ust. 2 Karty Praw Podstawowych, który stanowi, że nikt nie może być usunięty z terytorium państwa, wydalony lub wydany w drodze ekstradycji do państwa, w którym istnieje poważne ryzyko, iż może być poddany karze śmierci, torturom lub innemu nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu albo karaniu, oraz art. 47 Karty, gwarantującym prawo do skutecznego środka prawnego.

1. Ta sama uwaga, dotycząca wątpliwości w świetle art. 46 ust. 5 dyrektywy 2013/32/UE, odnosi się do art. 1 pkt 27 projektu, zgodnie z którym w art. 315 ustawy o cudzoziemcach uchyla się ust. 4a. Przepis ten stanowi w pkt. 3 i 4, że w przypadku gdy cudzoziemcowi została wydana decyzja o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu, w której określono termin dobrowolnego powrotu, przed wydaniem mu decyzji o odmowie nadania statusu uchodźcy lub udzielenia ochrony międzynarodowej lub decyzji o umorzeniu postępowania w sprawie udzielenia ochrony międzynarodowej, termin dobrowolnego powrotu jest liczony od dnia, w którym decyzja, o której mowa w pkt 1-4, stała się ostateczna, a w przypadku decyzji wydanej przez organ wyższego stopnia - od dnia, w którym decyzja ostateczna została cudzoziemcowi doręczona.

Projektodawca wyjaśnił w uzasadnieniu, że projektowana zmiana wynika z dotychczasowych doświadczeń w stosowaniu aktualnie obowiązującej regulacji, i ma na celu uniknięcie sytuacji, kiedy cudzoziemiec wszczynając procedurę odwoławczą od takiej decyzji w sposób nieuzasadniony przedłuża swój pobyt na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w przypadku, w którym decyzja o zobowiązaniu go do powrotu mogłaby podlegać wykonaniu. W świetle wskazanego wyżej art. 46 ust. 5 dyrektywy 2013/32/UE projektowane rozwiązanie nie może jednak obejmować sytuacji, o których mowa w ust. 3 i ust. 4 uchylanego art. 315 4a ustawy o cudzoziemcach, ponieważ cudzoziemiec nie może być zobowiązany do wykonania decyzji, w której określono termin dobrowolnego powrotu, do czasu zakończenia postępowania w sprawach dotyczących wniosków o udzielenie ochrony międzynarodowej.

1. Stosownie do art. 1 pkt 30 projektu, do art. 319 pkt 4 ustawy o cudzoziemcach ma zostać wprowadzona zmiana, zgodnie z którą zakaz ponownego wjazdu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i innych państw obszaru Schengen, orzekany w decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu, będzie określany na okres od 5 do 10 lat – w przypadkach, o których mowa w art. 302 ust. 1 pkt 9 lub art. 329a ust. 1, tj. wtedy, kiedy decyzja o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu została wydana, ponieważ wymagały tego względy obronności lub bezpieczeństwa państwa lub ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego lub interes Rzeczypospolitej Polskiej lub też kiedy minister właściwy do spraw wewnętrznych wydał decyzję o zobowiązaniu do powrotu dotyczącą cudzoziemca, co do którego istnieje obawa, że może prowadzić działalność terrorystyczną lub szpiegowską, albo podejrzewanego o popełnienie jednego z tych przestępstw.

Projektodawca jako podstawę do wprowadzenia takiego rozwiązania wskazał art. 11 ust. 2 dyrektywy 2008/115/WE i wyjaśnił, że obecnie dopuszczalny na mocy tego przepisu sztywny okres pięciu lat może być w pewnych przypadkach niewystarczający do skutecznej ochrony pewnych wartości, z którymi związane było wydanie danej decyzji, przy czym organ wydający decyzję będzie obowiązany każdorazowo uzasadnić skorzystanie z możliwości określenia dłuższego okresu zakazu.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 dyrektywy 2008/115/WE czas trwania zakazu wjazdu jest określany z należytym uwzględnieniem wszystkich istotnych dla danego przypadku okoliczności i co do zasady nie przekracza pięciu lat. Może on być jednak dłuższy niż pięć lat, jeżeli obywatel państwa trzeciego stanowi poważne zagrożenie dla porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub bezpieczeństwa narodowego.

W świetle wskazanego wyżej przepisu dopuszczalne jest zatem wydłużenie możliwego okresu zakazu wjazdu na okres powyżej pięciu lat, art. 11 ust. 2 dyrektywy 2008/115/WE dopuszcza jednak wydłużenie czasu trwania zakazu wjazdu na okres dłuższy niż pięć lat w ściśle określonych okolicznościach, tj. jeżeli obywatel państwa trzeciego stanowi poważne zagrożenie dla porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub bezpieczeństwa narodowego. Nasuwa to wątpliwości, czy katalog przesłanek, które zgodnie z projektowanym art. 319 pkt 4 ustawy o cudzoziemcach mają uzasadniać orzeczenie zakazu wjazdu na okres powyżej pięciu lat, nie jest uregulowaniem o szerszym zakresie. W tym kontekście wskazane jest wyjaśnienie przez projektodawcę tej kwestii lub też zmiana redakcji projektowanego przepisu w taki sposób, aby odzwierciedlał on przepisy art. 11 ust. 2 dyrektywy 2008/115/WE.

1. Zgodnie z art. 1 pkt 46 projektu, w art. 356 ustawy o cudzoziemcach po ust. 1 dodaje się ust. 1a, który stanowi, że organ prowadzący postępowanie w sprawie zobowiązania cudzoziemca do powrotu nie ustala, czy zachodzą okoliczności, o których mowa w art. 348 (skutkujące udzieleniem zgody na pobyt ze względów humanitarnych) i art. 351 pkt 1 (skutkujące udzieleniem zgody na pobyt tolerowany), w przypadku gdy cudzoziemiec dobrowolnie zgłosi się do organu Straży Granicznej (pkt 1) lub przekracza granicę opuszczając terytorium państw obszaru Schengen (pkt 2). Projektodawca nie przedstawił żadnego uzasadnienia do projektowanej zmiany, nie jest zatem wiadome, jakie jest *ratio legis* jej wprowadzenia.

Powszechnie uznaną normą prawa międzynarodowego publicznego jest prawo do opuszczenia każdego kraju, włącznie z własnym, wywodzone z art. 12 ust. 2 *Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych* oraz art. 2 ust. 2 i ust. 3 *Protokołu nr 4 do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, które, zgodnie z tym ostatnim przepisem nie może podlegać innym ograniczeniom niż te, które określa ustawa i które są konieczne w społeczeństwie demokratycznym z uwagi na bezpieczeństwo państwowe i publiczne, utrzymanie porządku publicznego, zapobieganie przestępczości, ochronę zdrowia lub moralności lub ochronę praw i wolności innych osób. W tym kontekście należy zgodzić się ze stanowiskiem, że w sytuacji, kiedy cudzoziemiec sam zdecydował się na przekroczenie granicy zewnętrznej, nie ma obowiązku ustalenia, czy zachodzą okoliczności o których mowa w art. 348 i art. 351 pkt 1 ustawy o cudzoziemcach, ponieważ państwo członkowskie, z którego terytorium on wyjeżdża, nie jest uprawnione do uniemożliwienia wyjazdu (poza przesłankami określonymi w ustawie), a ponadto nie organizuje fizycznego przewozu danej osoby poza terytorium państwa członkowskiego.

Wątpliwości budzi jednak odstąpienie od obowiązku ustalenia, czy w sprawie nie zachodzą okoliczności uzasadniające udzielenie zgody na pobyt ze względów humanitarnych lub udzielenie zgody na pobyt tolerowany w sytuacji, kiedy cudzoziemiec dobrowolnie zgłosi się do organu Straży Granicznej z prośbą o zorganizowanie powrotu. Organ państwa członkowskiego nie może bowiem w żadnych okolicznościach działać z naruszeniem przepisów dyrektywy 2008/115/WE, która, jak już wskazano wcześniej, nakłada obowiązek poszanowania m.in. Karty Praw Podstawowych i zasady *non-refoulement*.

1. Projektowany art. 359 ust. 4a ustawy o cudzoziemcach przewiduje, że wymiana informacji pomiędzy komendantem oddziału Straży Granicznej lub komendantem placówki Straży Granicznej a komendantem wojewódzkim Policji i Szefem Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, a w razie potrzeby z innymi organami (art. 1 pkt 48 lit. a) projektu ustawy) może odbywać się za pomocą środków komunikacji elektronicznej. Z kolei środki komunikacji elektronicznej mają zostać zdefiniowane w art. 3 pkt 18a tej ustawy (art. 1 pkt 1 lit. a) projektu ustawy) – mają to być środki w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Chodzi zatem o wszystkie szeroko pojęte rozwiązania techniczne, w tym urządzenia teleinformatyczne i współpracujące z nimi narzędzia programowe, umożliwiające indywidualne porozumiewanie się na odległość przy wykorzystaniu transmisji danych między systemami teleinformatycznymi, a w szczególności pocztę elektroniczną.

Mając na uwadze wymogi określone w art. 5 ust. 1 lit. f) rozporządzenia 2016/679, zgodnie z którymi dane osobowe muszą być przetwarzane w sposób zapewniający odpowiednie bezpieczeństwo danych osobowych, w tym ochronę przed niedozwolonym lub niezgodnym z prawem przetwarzaniem oraz przypadkową utratą, zniszczeniem lub uszkodzeniem, za pomocą odpowiednich środków technicznych lub organizacyjnych („integralność i poufność”), ponownej analizy wymaga kwestia dopuszczenia do wymiany informacji w powyższym zakresie wszystkich środków komunikacji elektronicznej, bez zawężenia tych możliwości do kanałów, które są bezpiecznie i odpowiednie do przesyłania tego typu informacji.

1. Na podstawie projektowanego art. 449a ustawy o cudzoziemcach (art. 1 pkt 94 projektu ustawy) dane przetwarzane w centralnym rejestrze wizowym przechowuje się na okres ich przechowywania w rejestrach, o których mowa w ust. 1, a zatem w rejestrach prowadzonych przez ministra właściwego do spraw zagranicznych i konsulów.

Zgodnie z uzasadnieniem projektu ustawy, w pkt 9 decyzji wykonawczej Rady z dnia 19 grudnia 2019 r. ustanawiającej zalecenie w sprawie wyeliminowania niedociągnięć stwierdzonych w toku przeprowadzonej w 2019 r. oceny stosowania przez Polskę dorobku Schengen w dziedzinie wspólnej polityki wizowej wskazuje się na potrzebę opracowania polityki zatrzymywania danych w systemie „Wiza-Konsul” oraz regularnego usuwania danych zgodnie z tą polityką. Wydaje się, że projektodawca tym uzasadnia również projektowaną zmianę art. 449a wspomnianej ustawy.

Tak ogólne wskazanie odnoszące się do przechowywania omawianych danych wydaje się jednak nie spełniać szeroko ustanowionego postulatu opracowania polityki zatrzymania danych. Kwestia ta wymaga zatem ponownej analizy.

1. W art. 1 pkt 95 i pkt 96 projektu przewiduje się wprowadzenie nowychuregulowań w zakresie nakazu przebywania w pomieszczeniach przeznaczonych dla cudzoziemców, którym odmówiono wjazdu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Przepisy te mają na celu wykonanie zaleceń określonych w decyzji wykonawczej Rady ustanawiającej zalecenia w sprawie wyeliminowania niedociągnięć stwierdzonych w toku przeprowadzonej w 2019 r. oceny stosowania przez Polskę dorobku Schengen w dziedzinie powrotów. Stosownie do wskazanych zaleceń należy m.in. określić ograniczony okres detencji w obiekcie na terenie portu lotniczego w Warszawie, zgodnie z art. 15 ust. 5 dyrektywy 2008/115/WE.

W projekcie przewidziano, że okres pobytu w pomieszczeniach przeznaczonych dla cudzoziemców, którym odmówiono wjazdu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, nie może przekroczyć 30 dni (w tym zakresie w uzasadnieniu wskazano jednakże 14 dni, projektodawca powinien więc dokonać stosownej korekty i wyjaśnić, który z okresów jest właściwy). Nakaz przebywania w wskazanych wyżej pomieszczeniach będzie nakładany w drodze decyzji komendanta placówki Straży Granicznej, która będzie podlegała natychmiastowemu wykonaniu.

Nakaz przebywania w pomieszczeniach przeznaczonych dla cudzoziemców, którym odmówiono wjazdu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej stanowi środek detencyjny w rozumieniu przepisów *dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/115/WE z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie wspólnych norm i procedur stosowanych przez państwa członkowskie w odniesieniu do powrotów nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich,* przy czym decyzja o jego zastosowaniu będzie podejmowana nie przez organ sądowy, ale administracyjny.

W tym kontekście należy zauważyć, że zgodnie z art. 15 ust. 2 zdanie 3 dyrektywy 2008/115/WE, jeżeli decyzja o zastosowaniu środka detencyjnego została wydana przez organy administracyjne, państwa członkowskie zapewniają kontrolę sądową, w trybie przyspieszonym, zgodności z prawem środka detencyjnego, najszybciej jak to możliwe po jego zastosowaniu lub przyznają danemu obywatelowi państwa trzeciego prawo do wszczęcia postępowania w celu poddania kontroli sądowej, w trybie przyspieszonym, zgodności z prawem środka detencyjnego, najszybciej jak to możliwe po jego zastosowaniu. W takim przypadku państwa członkowskie niezwłocznie informują danego obywatela państwa członkowskiego o możliwości wszczęcia takiego postępowania. Z projektu nie wynika jednak, w jaki sposób ma być zapewniony tryb przyspieszony kontroli sądowej przedmiotowych decyzji.

Z projektu nie wynika ponadto, w jaki sposób w przypadku nakazu przebywania w przedmiotowych pomieszczeniach ma być zapewnione przestrzeganie art. 15 ust. 3 zd. 1 dyrektywy 2008/115/WE, zgodnie z którym w każdym przypadku, środek detencyjny podlega kontroli w rozsądnych odstępach czasu na wniosek danego obywatela państwa trzeciego lub z urzędu.

W świetle wskazanych wyżej zaleceń należy również zapewnić odpowiedni poziom prywatności rodzinom ulokowanym w obiekcie na terenie portu lotniczego w Warszawie oraz możliwości zabaw i zajęć rekreacyjnych z uwzględnieniem potrzeb dzieci, zgodnie z art. 17 ust. 2 i 3 dyrektywy 2008/115/WE.

Art. 17 ust.2 dyrektywy 2008/115/WE nakłada obowiązek zapewnienia rodzinom oczekującym w ośrodku detencyjnym na wydalenie pobytu w oddzielnych pomieszczeniach gwarantujących odpowiedni poziom prywatności. Zgodnie zaś z art. 17 ust. 3 dyrektywy, małoletni przebywający w ośrodku detencyjnym mają możliwość uczestniczenia w wolnym czasie w zajęciach, w tym grach, zabawach i zajęciach rekreacyjnych odpowiednich do ich wieku oraz, w zależności od długości pobytu, mają dostęp do edukacji.

Jako przepisy zapewniające realizację tego zalecenia wskazano przepisy od art. 461b do art. 461e projektu. Wskazane przepisy nie mogą być jednak uznane za zgodne z art. 17 ust. 2 dyrektywy 2008/115/WE, ponieważ nie przewidują zapewnienia oddzielnych pomieszczeń rodzinom.

Projektowane przepisy budzą również wątpliwości w kontekście art. 17 ust. 3 dyrektywy 2008/115/WE, ponieważ zapewniają osobom małoletnim przebywającym w pomieszczeniach przeznaczonych dla cudzoziemców, którym odmówiono wjazdu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej jedynie możliwość korzystania z gier świetlicowych. Pominięto natomiast obowiązek zapewnienia małoletnim uczestniczenia w grach, zabawach i zajęciach rekreacyjnych odpowiednich do ich wieku oraz dostępu do edukacji, co jest istotne zważywszy w szczególności, że dopuszczalny maksymalny okres pobytu w tych pomieszczeniach może wynosić 30 dni.

1. Zgodnie z projektowanym art. 82c ust. 2 ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (art. 5 pkt 12 lit. b) projektu) Szef Urzędu do Spraw Cudzoziemców może zlecić prowadzenie nauki języka polskiego, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, podmiotom innym niż organizacje międzynarodowe.

Nie jest jednak jasne, z jakiego powodu Szef Urzędu do Spraw Cudzoziemców nie może, na gruncie projektowanego przepisu, zlecić prowadzenia nauki języka polskiego organizacjom międzynarodowym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych. Kwestia ta nie została także wyjaśniona w uzasadnieniu projektu.

W tym kontekście należy zwrócić uwagę na art. 18 ust. 1 akapit drugi *dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych*, zgodnie z którym zamówień nie organizuje się w sposób mający na celu wyłączenie zamówienia z zakresu zastosowania tej dyrektywy lub sztuczne zawężanie konkurencji. Uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców.

Dyrektywa nie przewiduje natomiast bezwarunkowego wyłączenia stosowania jej przepisów w przypadkach, w których wykonawcą miałaby być organizacja międzynarodowa. Zgodnie z art. 9 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE nie ma ona zastosowania do zamówień publicznych, których instytucja zamawiająca ma obowiązek udzielić, ani do konkursów, które ma obowiązek zorganizować, zgodnie z procedurami udzielania zamówień innymi niż określone w tej dyrektywie, określonymi  przez organizację międzynarodową. Zgodnie zaś z art. 9 ust. 2 dyrektywy, nie ma ona zastosowania do zamówień publicznych i konkursów udzielanych lub organizowanych przez instytucję zamawiającą zgodnie z przepisami dotyczącymi zamówień określonymi przez organizację międzynarodową lub międzynarodową instytucję finansującą, gdy przedmiotowe zamówienia publiczne i konkursy są w całości finansowane przez tę organizację lub instytucję; w przypadku zamówień publicznych i konkursów współfinansowanych w przeważającej części przez organizację międzynarodową lub międzynarodową instytucję finansującą strony uzgadniają mające zastosowanie procedury udzielania zamówień. W obu wskazanych przypadkach do skorzystania z wyłączenia ze stosowania dyrektywy niezbędne jest, by zamówienie udzielane było na podstawie konkretnych procedur określonych przez organizację międzynarodową. Projektowany przepis nie wprowadza jednak analogicznego warunku.

Mając na uwadze niedostatecznie jasny charakter projektowanego przepisu oraz brak wyjaśnienia w uzasadnieniu jego celu, niezbędne jest odniesienie się przez projektodawcę do wskazanych wyżej wątpliwości.

**Projekt ustawy jest zgodny z prawem Unii Europejskiej, z zastrzeżeniem uwag zawartych w niniejszej opinii.**

Zwracam jednocześnie uwagę, że zgodnie z § 19a ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” przy tytule ustawy należy zamieścić odnośnik informujący o ustanowionym przez instytucję Unii Europejskiej, dającym się bezpośrednio stosować akcie normatywnym, z którym ta ustawa jest związana.

Pragnę ponadto zauważyć, że z analizy załączonej do projektu odwróconej tabeli zgodności wynika, że zostały w niej zamieszczone uregulowania odnoszące się m.in. do transpozycji *dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/115/WE z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie wspólnych norm i procedur stosowanych przez państwa członkowskie w odniesieniu do powrotów nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich* i *dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/33/UE z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie ustanowienia norm dotyczących przyjmowania wnioskodawców ubiegających się o ochronę międzynarodową* oraz zapewnienia stosowania *rozporządzenia (WE) 1987/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 grudnia 2006 r. w sprawie utworzenia funkcjonowania i użytkowania Systemu Informacyjnego Schengen drugiej generacji (SIS II), rozporządzenia (WE) nr 1931/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 grudnia 2006 r. ustanawiającego przepisy dotyczące małego ruchu granicznego na zewnętrznych granicach lądowych państw członkowskich i zmieniającego postanowienia Konwencji z Schengen*, *rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE)**2016/1953 z dnia 26 października 2016 r. w sprawie ustanowienia europejskiego dokumentu podróży do celów powrotu nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich oraz uchylającego zalecenie Rady z dnia 30 listopada 1994 r., Umowy o Wystąpieniu Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej z Unii Europejskiej i Europejskiej Wspólnoty Energii Atomowej* oraz *zalecenia Komisji (UE) 2017/432 z dnia 7 marca 2017 r. w sprawie zapewnienia większej skuteczności powrotów przy wdrożeniu dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/115/WE*.

W związku z tym proszę o ponowną analizę projektu ustawy w powyższym zakresie oraz o opracowanie tabel zbieżności, zawierających zestawienie przepisów prawa UE i projektowanych przepisów prawa krajowego, wskazujących, w jaki sposób poszczególne przepisy aktu prawnego UE są wykonywane w krajowym porządku prawnym.

*Z poważaniem*

Konrad Szymański

Minister do Spraw Unii Europejskiej

*/podpisano kwalifikowanym podpisem elektronicznym/*